سلسلة أبحاث فقهية (6)

قاعدة
(الجواز الشرعي ينافي الضمان)

عيسى خيري الجعبري

سلسلة أبحاث فقهية (6)

قاعدة

(الجواز الشرعي ينافي الضمان)

عيسى خيري الجعبري

الطبعة الأولى

الخليل/ فلسطين

2020

المقدمة

الْحَمْدُ للهِ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَى عَبْدِهِ الْكِتَابَ وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ عِوَجًا، والصلاة والسلام على سيدنا وقائدنا وحبيبنا وقدوتنا ومعلمنا محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه. وبعد:

فإن سلف علماء الأمة – جزاهم الله تعالى عنا خير الجزاء – قد تركوا لنا إرثًا عظيمًا خدموا من خلاله دين الله وشريعته، وبذلوا جهدهم فيه لتقريب أحكام الله تعالى لعباده وتيسير فهمهم لها، وكان من خدمتهم لعلوم الفقه ما وضعوه من قواعد ضابطة لأحكامه، جامعة لما تفرق منها، بحيث صارت كالموازين بيد أهل العلم، تسهّل عليهم إدراك المسائل المتشعبة فيه، وقد اعتنى الفقهاء ببيان هذه القواعد وشرحها والتمثيل لها، وألفوا في ذلك المصنفات النافعة.

وفي العصور المتأخرة عملت الدولة العثمانية على تقنين أحكام المعاملات وفق المذهب الحنفي المعمول به في الدولة حينها، فتم وضع مدونة قانونية جمعت الأحكام المتعلقة بأبواب المعاملات (القانون المدني)، فكانت (مجلة الأحكام العدلية)، وقد وضع الفقهاء الذين كتبوا مواد المجلة في مقدمتها مائة مادة جمعت أهم القواعد الكلية الفقهية التي يحتاجها المتفقه لجمع شتات المسائل المنثورة، وهي قواعد معتمدة في المذهب الحنفي.

وهذا البحث يحوي دراسة لإحدى هذه القواعد الهامة، وهي القاعدة التي نصت على أن (**الجواز الشرعي ينافي الضمان**)، وهي المادة (91) من مواد مجلة الأحكام العدلية، وهي مادة لها أهمية كبيرة، إذ تمتد تطبيقاتها لتشمل كثيرًا من أبواب الفقه، ولا يقتصر ذلك على أبواب المعاملات فقط، فإن لها تطبيقات في بقية أبواب الفقه كالعبادات والجنايات والعلاقات الدولية والجهاد، وتزداد أهمية دراسة هذه القواعد عمومًا لأن القانون المدني المعمول به في فلسطين حتى الآن هو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية.

وتهدف هذه الدراسة إلى إلقاء مزيد من الضوء على هذه القاعدة، وبيان تطبيقاتها وقيودها، وآراء بقية المذاهب فيها، إذ أن شراح القواعد الفقهية اقتصروا على شرحها بشكل موجز عمومًا، ولم يتوسعوا في شرحها.

وعندما شرعت بكتابة هذا البحث لم أجد مَنْ أفرد هذه القاعدة في بحث خاص بها سوى بحثٍ منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية الصادرة في الأردن، وهو للباحث محمد محمود أحمد طلافحة، وهو بعنوان (قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون)، والبحث منشور في المجلد الثاني، العدد الرابع من المجلة المذكورة، بتاريخ 1427 هـ، 2006م، وهو موجود مصوّرًا على الشبكة العنكبوتية (شبكة النت)، وقد اطلعت عليه وأفدت منه، وأبديت بعض الملاحظات عليه.

وقد جعلت هذا البحث في أربعة مباحث، تسبقها مقدمة وتمهيد وتتلوها خاتمة، وقمت بإعداد الفهارس العلمية اللازمة لمساعدة القارئ على الوصول للمعلومة بيسر.

أما **التمهيد** فقد اشتمل على تعريف القاعدة الفقهية عمومًا، وبيان نشأة القواعد الفقهية، وأهميتها، وفي **المبحث الأول** بينت المعنى العام لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)، أما **المبحث الثاني** فقد خصصته للحديث عن الدليل الشرعي لهذه القاعدة والقواعد المشابهة لها وتطبيقاتها، أما **المبحث الثالث** فقد كان عن قيود القاعدة، فيما كان المبحث الرابع، والأخير عن استثناءات القاعدة.

وقد كان أصل هذا البحث قد تمت كتابته أثناء دراستي لماجستير الفقه والتشريع وأصوله في جامعة القدس، وذلك سنة 2015م، وذلك ضمن مساق كان عنوانه (النظريات الفقهية)، درَّسنا إياه شيخنا وأستاذنا الأستاذ الدكتور حسام الدين عفانة، حفظه الله وجزاه عنّا خير الجزاء.

وإنني إذ أبرأ إلى الله من حولي وقوتي، مقرٌّ بفضل الله تعالى عليَّ ونعمه التي لا أحصيها، سائلٌ اللهَ تعالى أن يجعل عملي هذا – وغيره – خالصًا له، وأن يغفر لي ما كان مني من خلل أو زلل أو تقصير، وأن يجزي مشايخنا وأساتذتنا عنا خير الجزاء.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

التمهيد

تعريف القاعدة الفقهية لغةً واصطلاحًا

تعريف القاعدة لغة واصطلاحًا

كلمة القاعدة في اللغة مشتقة من الفعل (قعد)، وأصل معناه يضاهي الجلوس[1]، والقعود: نقيض القيام، وتطلق كلمة القاعدة على أساس الشيء، فكلمة قواعد البناء تعني أسس البناء، ومنها قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ١٢٧﴾ [البقرة: ١٢٧][2]، وقد استعير معنى الأساس المادي للأمور المعنوية، فيقال قواعد اللغة ويعنى بها الأسس التي تقوم عليها اللغة، وبشكل عام فإن المعنى اللغوي للمادة (قعد) يدور حول الاستقرار والثبات[3].

أما في الاصطلاح فللقاعدة – كمصطلح – تعريفات عديدة، يمكن وضعها في فئتين:

الأولى: تدور حول اعتبار القاعدة حكمًا أو أمرًا (كليًّا)، وقد أعتبر أصحاب هذه التعريفات أن خروج بعض الجزئيات عن انطباق القاعدة عليها

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب القاف، مادة (قعد).

(2) ابن منظور، لسان العرب، باب القاف، مادة (قعد).

(3) الباحسين، القواعد الفقهية، ص15.

لا يمنع كونها كلية، ومن هذه التعريفات تعريف التاج السبكي للقاعدة بأنها: **"الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"**[1].

الثانية: تدور حول اعتبار القاعدة حكمًا أو أمرًا أغلبيًا، وليس كليًّا، بالنظر إلى أن هناك جزئيات لا تنطبق عليها القاعدة، ومن هذه الفئة من التعريفات تعريف الحموي للقاعدة بأنها: **"حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"**[2]، أو هي – وفق ما صاغه الشيخ مصطفى الزرقا – : **"حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته"**[3].

تعريف الفقه لغة واصطلاحًا

الفقه في اللغة مشتق من الأصل (فقه)، وهو يدل على إدراك الشيء والعلم به، وهو في الأصل الفهم، يقال: أوتي فلان فقها في الدين أي فهما فيه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُواْ كَآفَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ١٢٢﴾ [التوبة: ١٢٢]، أي ليكونوا علماء به[4].

(1) السبكي، الأشباه والنظائر، 1/ 11.

(2) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 1/ 51.

(3) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص33.

(4) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الفاء، مادة (فقه)، 4/ 442، ابن منظور، لسان العرب، باب الفاء، مادة (فقه)، 38/ 3450.

أما في الاصطلاح فيطلق الفقه على **"العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"**[1].

وقد يطلق على الأحكام الشرعية العملية نفسها، فيعرف بأنه: **"**مجموعة الأحكام العملية المشروعة في الإسلام**"**[2].

تعريف القاعدة الفقهية

لم يعتن العلماء الأقدمون بذكر تعريف محدد للقواعد الفقهية، ولذلك لا يكاد الباحث يجد لها تعريفًا في كلامهم إلا بعض العموميات[3]، ومن التعريفات الواردة عنهم ما قاله الحموي في غمز عيون البصائر من أن القاعدة عند الفقهاء هي: **"حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"**[4].

أما العلماء المعاصرون فقد وضعوا عدة تعريفات للقاعدة الفقهية، منها:

---

(1) الزركشي، البحر المحيط، 1/ 21.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1/ 65-66.

(3) الباحسين، القواعد الفقهية، ص40.

(4) الحموي، غمز عيون البصائر، 1/ 51.

- **القواعد الفقهية**: أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكامًا تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها[1].
- **القاعدة الفقهية**: قول موجز بليغ في قضية كلية تندرج تحتها أكثر جزئياتها يتعرف من خلالها على أحكام ما لا ينحصر منها[2].
- **القاعدة الفقهية**: قضية كلية شرعية عملية جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية[3].
- **القاعدة الفقهية**: حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها[4].
- **القاعدة الفقهية**: أصل فقهي كلي يتضمن أحكامًا تشريعية عامّة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه[5].

وهي تعريفات تختلف صياغتها بغية الوصول إلى تعريف جامع مانع وجيز، لكنها تدور في مجملها حول نفس المعنى.

---

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص34، والتعريف للشيخ مصطفى الزرقا في مقدمته لكتاب أبيه.

(2) إسماعيل، د. محمد بكر ، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ص6.

(3) الباحسين، القواعد الفقهية، ص54.

(4) الندوي، القواعد الفقهية، ص43.

(5) الندوي، القواعد الفقهية، ص45.

نشأة القواعد الفقهية

كانت بذور نشأة علم القواعد الفقهية قد ظهرت في زمن النبوة كسائر علوم الشريعة، ولكن بدون أن تتميز ويكون لها مصطلحات خاصة، فقد كانت كثير من أحاديث الرسول ﷺ أساسًا لما عرف بعدها بأنه (قواعد فقهية)، ومن ذلك على سبيل المثال حديث (**لا ضرر ولا ضرار**)[1]، وهو نفس نص المادة 19 من مواد مجلة الأحكام العدلية[2]، وحديث (**الخراج بالضمان**)[3]، وهو نفس نص المادة 85 من المجلة[4].

وقد تطورت هذه القواعد وتمايزت مع تطور الفقه الإسلامي عبر التاريخ، وتكونت مفاهيمها وصيغت بالتدريج في عصور ازدهار الفقه

---

(1) حديث صحيح، رواه ابن ماجه في (سنن ابن ماجه)، ح2340، 2341، وصححه الألباني.

(2) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1/ 36.

(3) حديث حسن، رواه أصحاب السنن: سنن الترمذي، ح1285، 1286، سنن أبي داود، ح3508، 3509، سنن النسائي، ح4490، ص688، سنن ابن ماجه، ح2242، 2243، وقد قال الترمذي عن هذا الحديث: "هذا حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم"، وحسن الألباني الحديث في تعليقاته على الكتب السابقة.

(4) حيدر، درر الحكام، 1/ 88، وينظر: الندوي، القواعد الفقهية، ص90-92.

ونهضته، ولم يكن لها صائغون معروفون من العلماء، بل استقرت صياغتها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول والصقل والتحرير عل مر العصور[1].

وقد نقل السيوطي حكايةً تبين تأثير التنافس بين فقهاء المذاهب في إبراز علم القواعد الفقهية، وفيها أن شيخ الحنفية في بلاد ما وراء النهر، وهو الإمام أبو طاهر الدباس، رد جميع مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، فسمع بذلك بعض أئمة الحنفية بهراة فسافر إليه، وكان أبو طاهر ضريرًا، وكان يكرر تلك القواعد بمسجده ليلًا بعد أن يخرج الناس منه، فبقي الهروي في المسجد بعد خروج الناس وإغلاق أبي طاهر المسجد، والتفَّ بحصير، فبدأ أبو طاهر يسرد تلك القواعد، فلما وصل السابعة حصلت للهروي سعلة، فأحس به أبو طاهر فضربه وأخرجه من المسجد، ثم لم يكررها فيه بعد ذلك، فرجع الهروي إلى أصحابه، وتلا عليهم تلك السبع، فلما علم القاضي حسين، وهو من كبار فقهاء الشافعية بذلك، رد جميع مذهب الشافعي إلى أربع قواعد، وهي: اليقين لا يزال بالشك، والمشقة تجلب التيسير، والضرر يزال، والعادة محكمة[2]، ورغم أن في ردِّ الفقه كله إلى هذه القواعد تكلفًا كما نقل السيوطي نفسه، إلا أن الحكاية تدل على التأثير الإيجابي للتنافس بين فقهاء المذاهب في تطور العلوم المختلفة.

---

(1) السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، ص23.

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر، 1/ 10-11.

أهمية القواعد الفقهية

للقواعد الفقهية أهمية واضحة في تيسير دراسة الفقه ولمّ شتاته، فقد ضبطت هذه القواعد المسائلَ المنثورة في سلك واحد، مما يساعد على إدراك الروابط بينها[1]، وذلك يساعد المتفقه عند فهمه للقاعدة وتطبيقاتها واستثناءاتها ويغنيه عن حفظ أكثر الجزئيات المندرجة تحتها[2]، كما أنه يساعده في اكتساب المهارة في الفقه، والقدرة على الإلحاق والتخريج، واستنباط الأحكام للمسائل المتجددة، حتى قيل أن الفقه هو معرفة النظائر[3]، وتساعد هذه القواعد في تجنيب الفقيه التناقض المترتب على التخريج من المناسبات الجزئية دون مراعاة القواعد الكلية[4]، وتعينه على إدراك مقاصد الشريعة، ذلك أنها مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة، مستندة إلى معرفة الروابط بينها والمقاصد الشرعية التي دعت إليها، كما أن من فوائد هذه القواعد تمكينها غير المتخصصين في علوم الشريعة من الاطلاع على روح الفقه ومضمونه بيسر وسهولة[5].

---

(1) ابن رجب، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، 1/ 4.

(2) القرافي، الفروق، 1/ 71.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، 1/ 8.

(4) القرافي، الفروق، 1/ 71.

(5) الباحسين، القواعد الفقهية، ص117.

المبحث الأول: المعنى العام لقاعدة

(الجواز الشرعي ينافي الضمان)

تعريف (الجواز) لغة واصطلاحًا

الجواز في اللغة مصدر من الفعل (جاز)، وأصله (جوز)، وهو يدل على معنيين اثنين، أولهما قطع الشيء، ومنه جزت الطريق أي قطعتها، والمعنى الثاني وسط الشيء، ومنه سميت نجمة الجوزاء بذلك لتوسطها السماء[1].

وقد توسع العرب – كعادتهم – في الاشتقاق من هذه المعاني، فقالوا: جوَّز له ما صنعه وأجازه له بمعنى: سوَّغ له ذلك وأنفذه[2]، وعليه فمن معاني (الجائز) الأمر المسوّغ الذي لا حرج فيه، ويكون معنى المصدر (الجواز) كون الأمر مسوّغًا لا حرج فيه.

أما في الاصطلاح فإن لفظ الجواز يطلق في علوم الشريعة ويراد به عدة معان، وهي:

1. رفع الحرج عن الفعل[3]، والحرجُ هو الإثم[1]، وهذا يشمل المباح، وهو

---

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الجيم، مادة (جوز)، 1/ 494.

(2) ابن منظور، لسان العرب، باب الجيم، مادة (جوز)، / 724.

(3) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2/ 7، الرازي، المحصول في علم الأصول، 2/ 203.

رديف الجائز وفق الإطلاق الثاني لهم في معنى الجواز، ويشمل الواجب والمندوب من باب أنهما أولى من المباح؛ ويشمل المكروه كذلك؛ لأنه وإن كان تركه مطلوبًا إلا أنه لا إثم على من فعله[2].

2. التخيير بين الفعل والترك، وهو نفس معنى الإباحة[3].
3. ما ليس بلازم من العقود، وهو ما للعاقد فسخه بكل حال، كالوكالة والشركة والقراض، فهي عقود جائزة[4].

معنى تقييد الجواز بأنه (الشرعي)

كلمة (الشرعي) نسبة للشريعة، وأصل معناها يشير إلى مورد الشاربةِ الماءَ، ومنها اشتُق اسم الشريعة للمنهج في الدين[5].

وقد قيّد الجواز موضع البحث هنا بوصفه بأنه (الجواز الشرعي) لإخراج الأمور الجائزة في غير أحكام الشريعة، إذ يستخدم الجواز بمعنى التسويغ في

---

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الحاء، مادة (حرج)، 2/ 50.

(2) الرازي، المحصول، 1/ 104.

(3) الغزالي، المستصفى من علم الأصول، 1/ 240، الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2/ 7.

(4) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2/ 7.

(5) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الشين، مادة (شرع)، 3/ 262.

علوم عدة، فيقال – مثلًا – أنه يجوز أن يتعدد الخبر عن المبتدأ الواحد[1]، وهذا من باب الجواز اللغوي.

والجواز الشرعي المقصود في القاعدة موضع البحث يمكن أن يحمل على المعنى الأول، وهو أنه قسيم الحرام، فيشمل كل ما ليس محرمًا، أو على المعنى الثاني، وهو أنه رديف المباح، فيخرج المكروه منه، ويدخل الواجب والمندوب من باب أولى، أما الجواز الشرعي بالمعنى الثالث، وهو عدم اللزوم فليس مرادًا هنا.

تعريف الضمان لغة واصطلاحًا

أصل الضمان في اللغة يعني جعل الشيء في شيء يحويه، والكفالة تسمى ضمانًا استنادًا إلى هذا الأصل، إذ من كفل شخصًا فكأنه استوعب ذمته[2]، ويقال: ضَمَّنْتُه الشيء تَضمينًا فَتَضَمَّنَه عني بمعنى غَرَّمْتُه إياه فالتَزَمَه[3]،

(1) الدقر، معجم القواعد العربية، ص248.

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الضاد، مادة (ضمن)، 3/ 372.

(3) الفيروزأبادي، القاموس المحيط، باب النون، فصل الضاد، مادة (ضمن)، ص1212.

واستخدم الضمان لهذا المعنى لأن ما التزمه الشخص صار في ذمّته، كأن ذمته تحويه، ولذلك يطلق الضمان في اللغة على الالتزام[1].

ولأن الضمان يطلق في اللغة على الالتزام فقد استخدمه الفقهاء في المواضع التي يلتزم فيها الإنسان أمرًا ما، فتعددت معاني الضمان عندهم.

ومن المعاني التي استخدم لها لفظ الضمان (الكفالة)، وقد استخدم الجمهور لفظ الضمان للدلالة عليها، فعنونوا للباب الذي يبحث أحكام الكفالة بـ (باب الضمان)، وقد عرف المالكية الضمان بأنه (شغل ذمة أخرى بالحق)، وذكروا أنه هو والحمالة والكفالة والزعامة بنفس المعنى[2]، وعرفه الشافعية بأنه (حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة)[3]، وعرفه الحنابلة بأنه (ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق)[4]، وهذا الضمان المذكور في هذه التعريفات هو نفس (الكفالة).

أما الحنفية فإنهم وإن استخدموا لفظ (الكفالة) بدل (الضمان)، إلا أن مضمون الباب لا يختلف، فقد عرفوا الكفالة بأنها (ضم ذمة الكفيل إلى ذمة

---

(1) المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص225، الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، 2/ 257.

(2) الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، 7/ 30.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، 2/ 257.

(4) المرداوي، الإنصاف فقي بيان الراجح من الخلاف، 1/ 870.

الأصيل في المطالبة بنفس أو بدين أو عين)، وفي شرح التعريف ذكروا أن معنى الكفالة يدل على الضم والتضمين[1].

كما أطلق الشافعية والحنابلة لفظ الضمان على التزام المال الناشئ عن العقد، كما في عقود البيع والإجارة وغيرها، وعن وضع اليد سواء كانت مؤتمنة كيد المودَع إذا حصل التعدي، أو غير مؤتمنة كيد الغاصب، وعن الإتلاف سواء كان متعلقًا بالنفس أو المال[2].

ويلاحظ أن تعريفات علماء المذاهب المختلفة للضمان اقتصرت على تعريفه بمعنى الكفالة، أما الضمان بالمعاني الأخرى فلم يفردوه بالتعريف، واستخدموه بالمعنى اللغوي للضمان، وهو الالتزام، وهذا الالتزام ينشأ عن العقد أو ينتج عن وضع اليد، أو عن الإتلاف، ولذلك يتكرر ذكر الضمان في أبواب الفقه التي بحثت في العقود كالبيع والإجارة والشراكة وغيرها، والتي بحثت في أحكام الأيدي الموضوعة سواء كانت مؤَمَّنة كيد المودَع أو غير مؤَمَّنة كيد الغاصب، والتي بحثت في الإتلافات والتعديات[3].

---

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 7/ 552-553.

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر، 2/ 103، ابن رجب، تحرير القواعد، 2/ 316.

(3) ينظر كأمثلة لذلك: الموصلي، الاختيار ، 2/ 46، 126، 152، 564، 4/ 333، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص393، 496، 499، 554، الشربيني، مغني المحتاج، 2/ 67،

وقد ذكر الشيخ علي الخفيف – رحمه الله – أن المفهوم من كلام الفقهاء أنهم يستخدمون الضمان على العموم بمعنى شغل الذمة بما يجب الوفاء به إذا توافرت شروطه، أو أنه هو ما يجب أداؤه من مال تعويضًا عن مال فُقِدَ[1]، وهذا يشمل ما سبق من تنوع استخدامات الفقهاء لمعنى الضمان.

وقد نُسب للإمام الغزالي تعريف للضمان بأنه (واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة)[2]، وقد بذلت جهدي في البحث عن هذا التعريف في كتب الغزالي فلم أجده، ولعل الذين نقلوه عنه فهموه من كلامه في باب الغصب في كتابه الوجيز، إذ ذكر أن للضمان في الغصب ثلاثة أركان، الأول (الموجب)، وهو التفويت بالمباشرة أو التسبب أو إثبات اليد العادية، والثاني (الموجَب فيه)، وهو المال المغصوب، والثالث (الواجب)، وينقسم إلى المثل والقيمة[3].

74، 164، 4/ 33، 48، المرداوي، الإنصاف، 1/ 770، 856، 941، 1021، 2/ 1669.

(1) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص7.

(2) طلافحة، (قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون)، وينظر: الزحيلي، د. وهبة، نظرية الضمان، ص21، وقد ذكر أن التعريف يفهم من كلام الغزالي.

(3) الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، 1/ 379-381.

وقد ذكر الرافعي أن الضمان عند الشافعية هو: (التزام في الذمة)[1]، وذكر الحموي في شرحه للأشباه والنظائر أن "الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليًّا أو قيمته إن كان قِيَميًّا"[2]، وذكر الشوكاني أن الضمان "عبارة عن غرامة التَّالف"[3].

وقد عرَّفت مجلة الأحكام العدلية الضمان في المادة (416) بأنه (إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات)[4].

أما المعاصرون فقد حاولوا صياغة تعريف للضمان بمعناه الذي يشير إلى الالتزام بالتعويض عن الإضرار بالغير، وقد نتج عن هذا الجهد عدد من التعريفات، منها:

- ✓ الضمان هو: الغرامة لقيمة الشيء أو نقصانه[5].
- ✓ الضمان هو: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير[6].

---

(1) الرافعي، العزيز شرح الوجيز، 4/ 458.

(2) الحموي، غمز عيون البصائر، 4/ 7.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، 11/ 18.

(4) حيدر، درر الحكام، 1/ 448.

(5) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص431.

(6) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2/ 1035.

- ✓ الضمان هو: الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية[1].
- ✓ الضمان هو: شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر[2].
- ✓ الضمان هو: شغل الذمة بتعويض مالي جبرًا لحقٍّ في مال الغير أو في نفسه[3].
- ✓ الضمان هو: إلزام الشرع من ضرَّ غيره بالتعويض[4].

المعنى الإجمالي للقاعدة

تنقسم الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين عند العلماء إلى خمسة أقسام، وهي: الواجب والمندوب والمباح والمكروه والمحظور[5]، وقد زاد الحنفية عليها الفرض والمكروه كراهة تحريمية، فصارت الأقسام عندهم سبعة، والخلاف بينهم وبين الجمهور خلاف لفظي، إذ أن الجمهور أطلقوا على ما طلب الشارع

---

(1) الزحيلي، نظرية الضمان، ص22.

(2) فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص14.

(3) موسى، الضمان في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، ص11.

(4) التعريف الذي اختاره شيخنا د. حسام الدين عفانة – حفظه الله ، من مذكرات محاضرات مادة النظريات الفقهية.

(5) ابن جزي، تقريب الوصول إلى علم الأصول، ص211، الغزالي، المستصفى، ص210، ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، ص16.

فعله طلبًا جازمًا، اسم (الواجب)، أما الحنفية فجعلوه قسمين، وهما: الفرض والواجب، والفرق بينهما عند الحنفية أن الفرض هو ما ثبت بدليل قطعي، والواجب هو ما ثبت بدليل ظني، أما (الحرام)، الذي يطلقه الجمهور على ما طلب الشارع الكفّ عنه طلبًا جازمًا، فقد جعله الحنفية قسمين أيضًا، وهما: (الحرام) لما ثبت بدليل قطعي، و(المكروه كراهة تحريمية) لما ثبت بدليل ظني[1].

ويطلق اسم (الجائز شرعًا) على ما يرادف المباح، كما يطلق على ما يخالف الحرام[2]، والجائز المقصود في هذه القاعدة – والله أعلم – هو قسيم الحرام، وهو يشمل الواجب والمندوب والمباح والمكروه، و(الجائز) يتضمن معنى (المباح)؛ لأنه يطلق ويراد به المباح، أما شموله للواجب والمندوب فهو من باب دلالة مفهوم الموافقة، وهو ما كان المسكوت عنه فيه موافقًا للملفوظ به أو أولى بالحكم منه[3]، والمسكوت عنه هنا – وهو الواجب والمندوب – أولى بالحكم من المباح، أما كون المكروه جائزًا فهو بمعنى أن الشرع لم ينه عنه، وإن كان خلاف الأولى، ومن أمثلة دخول المكروه في حكم القاعدة أن الفقهاء ذكروا أن أخذ اللقطة مكروه في بعض الحالات، مثل أن يخاف على نفسه الطمع فيها وعدم

---

(1) اللكنوي، فواتح الرحموت بشرح مسَلَّم الثبوت للبهاري، 1/ 48.

(2) ينظر ما سبق في تعريف (الجواز) في المبحث الأول.

(3) الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، 2/ 764.

تعريفها، ومع ذلك فلم يفرقوا في أحكام الضمان للملتقط بين ما كان أخذه لها مكروهًا أو مباحًا أو واجبًا[1].

ويشير لفظ (المنافاة) في القاعدة إلى معنى الإبعاد، إذ أصل النفي في اللغة يدل على تعرية شيء من شيء وإبعاده منه[2]، وعليه فإن لفظ (ينافي) يدل على أن الشيئين المذكورين في القاعدة، وهما الجواز والضمان بعيدان عن بعضهما، بحيث لا يجتمعان.

وأفعال المكلفين تنتج عنها آثار متولدة منها، وقد رتب الشارع على هذه الآثار أحكامًا دنيوية وأخروية، منها أنه رتب على الإضرار بالغير الناشئ عن فعل المكلف الضمان، والذي يعني إلزام من تسبب بالضرر لغيره بالتعويض عن هذا الضرر، وتأتي هذه القاعدة لتستثني من وجوب الضمان اللازم بسبب الضرر الحالة التي يكون الضرر فيها قد جاء أثرًا لفعل لم يمنع الشارع منه، إذ وجوب الضمان بسبب الضرر يشترط فيه أن يكون ناتجًا عن تعدي الفاعل في

---

(1) الموصلي، الاختيار، 2/ 489، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص512، الشربيني، مغني المحتاج، 2/ 525، المرداوي، الإنصاف، 2/ 1134، وقد عبر عدد من الفقهاء عن حكم أخذ اللقطة لمن خاف من نفسه عدم تعريفها بأنه (خلاف الأولى)، و(خلاف الأولى) هو قسم من أقسام المكروه، ينظر: الزركشي، البحر المحيط، 1/ 303.

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب النون، مادة (نفي)، 5/ 456.

فعله، والتعدي هو أن يفعل الفاعل ما منعه الشارع منه، فمن فعل ما أذن له به الشارع لم يكن متعديًا، فلا يتوجه إلزامه بالتعويض.

هذا هو المعنى الإجمالي للقاعدة، وهي ككل قاعدة لها استثناءات وقيود، تأتي في موضعها في المبحث الثالث من هذا البحث بإذن الله تعالى[1].

***

(1) ينظر في شرح القاعدة: الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص449، العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 1/ 415، البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص362.

المبحث الثاني: دليل القاعدة

القواعد الفقهية قد تكون مأخوذة من نصوص الأحاديث النبوية الشريفة، ويكون الحديث نفسه هو دليل القاعدة، وقد تكون مأخوذة من دلالات النصوص التشريعية العامّة المعللة[1]، فمن النوع الأول قاعدة (الخراج بالضمان)، ومن النوع الثاني قاعدة (الأمور بمقاصدها).

كما أن من القواعد ما يكون الاستدلال العقلي هو طريق استنباطها، ومن ذلك قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)[2]، وبيان ذلك أن للضمان موجبات حتى يجب على المكلف، وهي: الاعتداء والضرر وإفضاء الاعتداء إلى الضرر، ويكون بالتسبب أو المباشرة[3]، والاعتداء الذي هو أساس لوجوب الضمان على المكلف يدل في اللغة على تجاوز في الشيء وتقدم لما ينبغي أن يقتصر عليه، والعدوان هو الظلم الصراح[4]، ويستخدم الفقهاء الاعتداء بنفس المعنى اللغوي له.

(1) الندوي، القواعد الفقهية، ص275.

(2) الندوي، القواعد الفقهية، ص243.

(3) الزحيلي، نظرية الضمان، ص24.

(4) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب العين، مادة (عدو)، 4/ 249.

وضابط التعدي هو أنه العمل الضار من دون حق أو جواز شرعي[1]، وعليه فإن العمل الجائز شرعًا لا يكون تعديًا، وما لا يكون تعديًا لا يستوجب الضمان.

ويشهد لهذه القاعدة الكثير من النصوص، ومنها:

- حديث (**أَنَّ رَجُلًا عَضَّ يَدَ رَجُلٍ، فَنَزَعَ يَدَهُ مِنْ فَمِهِ، فَوَقَعَتْ ثَنِيَّتَاهُ، فَاخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: يَعَضُّ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ كَمَا يَعَضُّ الفَحْلُ؟ لاَ دِيَةَ لَكَ**)[2].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرجل الذي نزع يده فعل فعلًا أَذِنَ له فيه الشارع، وترتب على هذا الفعل ضرر، فأهدره الشارع[3].

- حديث (**جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ الله ﷺ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله، أَرَأَيْتَ إِنْ جَاءَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَخْذَ مَالِي؟ قَالَ: فَلَا تُعْطِهِ مَالَكَ. قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَاتَلَنِي؟ قَالَ: قَاتِلْهُ. قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلَنِي؟ قَالَ: فَأَنْتَ شَهِيدٌ. قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلْتُهُ؟ قَالَ: هُوَ فِي النَّارِ**)[4]، ومعه حديث (**مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ**)[5].

---

(1) الزحيلي، نظرية الضمان، ص24.

(2) حديث صحيح، متفق عليه، رواه: البخاري، ح6892، ومسلم، ح1673.

(3) العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ص421.

(4) حديث صحيح، رواه مسلم، ح140.

(5) حديث صحيح، متفق عليه، رواه: البخاري، ح2480، ومسلم، ح141.

ووجه الدلالة من هذين الحديثين بيانُهما أن للإنسان أن يدفع عن نفسه وماله، ولا شيء عليه، فإنه إذا كان شهيدًا إذا قُتِل في ذلك، فلا قَوَدَ عليه ولا دِيَةَ إذا كان هو القاتل، وقد أخرج البخاري حديث (مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ) في كتاب المظالم، وذكر ابن حجر أن البخاري ذكره في هذا الكتاب ليبين أنْ لا قَوَدَ ولا دِيَةَ على من قَتَلَ الصائلَ على ماله[1].

***

(1) ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 6/ 302.

المبحث الثالث

القواعد المشابهة في بقية المذاهب

وردت قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) في المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية التي اعتمدت المذهب الحنفي[1]، والمذاهب الأخرى توافق الحنفية على مضمون القاعدة، وإن كانت قد أوردت هذا المضمون بألفاظ أخرى.

أما **المالكية** فإنهم يقولون بمضمون هذه القاعدة، وإن لم تكن توجد في كتب القواعد الخاصة بهم قاعدة بنفس المعنى، فقد نص (ابن عبد البر) المالكي في كتابه (التمهيد) على أن ما تولد عن المباح فهو معفو عنه[2]، وقد علل (القرافي) في كتابه (الذخيرة) سبب عدم الضمان في عدة مسائل بأن الفعل المسبب للضرر مباح أو مأذون به، ومن ذلك:

- إذا هلكت الدابة في اختيارها أو السيف أو الفرس لا ضمان على المشتري لأنه فعلٌ مأذون فيه.
- لا يضمن أجير الخدمة طعام عمله إلا أن يتعدى؛ لأنه مأذون له في التصرف في البيت.

---

(1) حيدر، درر الحكام، 1/ 92.

(2) ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، 4/ 189.

- لو مات المريض على يد الطبيب بما لم يقصده فيه، ففي وجوب الدية عليه قولان، الثاني منهما أنه لا يضمن لأنه تولد عن فعل مباح(1).

ومن القواعد المشابهة لهذه القاعدة عند **الشافعية**:

- المتولد من مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد من منهي عنه(2).
- الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه(3).

ومع أن **الحنابلة** ليس لديهم قاعدة تشابه هذه القاعدة، ولكنهم قالوا – أيضًا – بمضمون القاعدة، وعللوا به بعض اختياراتهم، ومن أمثلة ذلك:

- إذا أوقد في ملكه نارًا، أو في مَواتٍ، فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها، لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط؛ لأنه غير متعدٍّ، ولأنها سِرايةُ فعل مباح، فلم يضمن.

---

(1) القرافي، الذخيرة، 5/ 42، 513، 12/ 257.

(2) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 3/ 163، السيوطي، الأشباه والنظائر، 1/ 232، وقد ذكر السيوطي الشطر الأول من القاعدة فقط، وهو (المتولد من مأذون فيه لا أثر له).

(3) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2/ 176، السيوطي، الأشباه والنظائر، 1/ 232، السبكي، الأشباه والنظائر، 1/ 152، ولفظها عند السبكي: (الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه واعتراف بصحته).

- إن وضع حجرًا في طين في الطريق ليطأ الناس عليه أو يعبروا عليه، فهذا مباح لا يضمن ما تلف به.
- إن أخرج جناحًا إلى درب غير نافذ بإذن أهله، فلا ضمان عليه؛ لأنه مباح له غير متعدٍّ فيه[1].

***

(1) ابن قدامة، المغني على مختصر الخَرقي، 7/ 432، 12/ 91، 98.

المبحث الرابع: تطبيقات القاعدة

لهذه القاعدة تطبيقات عديدة ذكرتْ نماذجَ منها الكتب التي اعتنت بشرح وبيان القواعد الفقهية، ومن هذه التطبيقات:

- ✓ يجوز للإنسان أن يحفر بئرًا في ملكه الخاص به أو في طريق العامة بإذن ولي الأمر، فإذا فعل ووقع فيها إنسانٌ أو حيوانٌ مملوكٌ فَهَلَكَ، فإن حافر البئر لا يضمن شيئًا[1]، وقد أشارت المجلة إلى ذلك في المادة (924)، ونصها: (يشترط التعدي في كون التسبب موجبًا للضمان على ما ذكر آنفًا، يعني: ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلا مفضيًا إلى ذلك الضرر بغير حقٍّ مثلًا: لو حفر أحد في الطريق العام بئرًا بلا إذن ولي الأمر ووقعت فيها دابة لآخر وتلفت يضمن، وأما لو وقعت الدابة في بئر كان قد حفرها في ملكه وتلفت لا يضمن)[2].
- ✓ يجوز للمودَع أن يحفظ الوديعة في بيتٍ مثلِ الذي اشترطه صاحبها أو خيرٍ منه، فإن تلفت فلا ضمان عليه؛ لأن فعله جائز[3]، وقد أشارت إلى ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة(784)، وفيها: (إن كان الشرط الوارد عند

---

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص449، حيدر، درر الحكام، 1/ 92، البورنو، الوجيز ، ص362.

(2) حيدر، درر الحكام، 2/ 216.

(3) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص449، وينظر: الموصلي، الاختيار، 2/ 479.

عقد الإيداع مفيدًا وممكنَ الإجراء فهو معتبر، وإلا فهو لغو.... كذلك إذا شرط حفظها في الغرفة الفلانية من الدار وحَفِظَها المستودَعُ في غرفة أخرى، فإن كانت الغرف متساوية في أمر المحافظة فلا يعتبر ذلك الشرط، واذا هلكت الوديعة في هذه الحالة لا يلزم الضمان أيضًا)[1].

- ✓ لو استأجر شخص حيوانًا لحمل شيء محدد مقدارًا ونوعًا، فإنه يجوز له أن يحمِّله شيئًا آخر مضرته ومقداره مثل المحدد أو أقل منه، فإن تلف ذلك الحيوان بلا تعدّ منه ولا تقصير فلا ضمان عليه[2]، وقد أشارت إلى ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة(605)، وفيها (مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز إلى ما فوق المشروط توجب الضمان وأما مخالفته بالعدول إلى ما دون المشروط أو مثله لا توجبه)[3].
- ✓ يجوز للوكيل بالبيع أن يأخذ رهنًا بثمن ما باعه نسيئةً، فإذا هلك الرهن وكانت قيمته مثل ثمن المبيع فإن الدين يسقط عن المشتري، ولا يضمن الوكيل للموكل شيئًا، لأنه فعل ما هو جائز له أن يفعله[4]، وقد ذكرت

---

(1) حيدر، درر الحكام، 2/ 282.

(2) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص449، حيدر، درر الحكام، 1/ 92، البورنو، الوجيز ، ص362، وتنظر المسألة في: الموصلي، الاختيار، 2/ 126-127.

(3) حيدر، درر الحكام، 1/ 700.

(4) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص450، وتنظر المسألة في: الموصلي، الاختيار، 2/ 390.

المجلة ذلك في المادة(1500)، ونصها: (للوكيل أن يأخذ في مقابلة ثمن المال الذي باعه نسيئة رهنًا أو كفيلًا، ولا يضمن إذا تلف الرهن أو أفلس الكفيل)[1].

- ✓ يجوز للأجير الذي لعمله أثر في العين واشترط أن يكون أجره حالًّا أن يحبس العين حتى يستوفي أجرته، فإن هلكت العين وهي في يده لم يضمنها؛ لأنه فعل ما هو جائز له، ولكن يسقط أجره؛ لأنه لم يسلم العين لصاحبها[2]، وهذا الحكم ذكرته المجلة في المادة(483)، ونصها: (يصح للأجير الذي لعمله أثر كالخياط والصباغ والقصار أن يحبس المستأجَرَ فيه لاستيفاء الأجرة إن لم يشترط نسيئتها. وبهذا الوجه لو حبس ذلك المال وتلف في يده لا يضمن، ولكن بعد تلفه ليس له أن يستوفي الأجرة)[3].
- ✓ يجوز لولي المقتول أن يوكل غيره بالقصاص من القاتل بشرط حضور الولي، ولا ضمان على ذلك الغير إذا اقتص بحضوره، لأن جواز القتل لظهور الأمر ينافي الضمان[4].

---

(1) حيدر، درر الحكام، 3/ 615.

(2) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص450، وتنظر المسألة في: الموصلي، الاختيار، 2/ 135-136.

(3) حيدر، درر الحكام، 1/ 557.

(4) البورنو، الوجيز، ص362، وتنظر المسألة في: الموصلي، الاختيار، 2/ 381-382.

- ✓ يجوز للمسلم أن يتلف آلات اللهو المحرمة، وأن يقتل خنزيرًا في ملك مسلم، ولا يضمن على الأصح؛ لأن فعله جائز أذن فيه الشرع، ولكن إذا كان هناك حاكم مسلم منفذ لشرع الله، فله تعزيره؛ لافتياته على حق الحاكم في ذلك[1].
- ✓ يجوز للطبيب المختص المأذون له إجراء جراحة للمريض يستأصل فيها أحد أعضائه، فإن مات المريض، بدون تعدٍّ من الطبيب، فإن الطبيب لا يتحمل الدية ولا كفارة عليه؛ لأنه فعل أمرًا مباحًا مأذونًا له فيه[2].
- ✓ إذا نسف المسلمون بتفجيرٍ سوقًا أو حيًّا للكفار من يهود أو غيرهم، وفيه مسلمون فقتل بعضهم، فلا دية ولا كفارة على القاتلين، كما لو تترس الكفار بأطفال المسلمين[3].

---

(1) البورنو، الوجيز، ص362، وتنظر المسألة في: الموصلي، الاختيار، 2/ 577-578.

(2) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8/ 74، وتنظر المسألة في: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 10/ 222.

(3) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8/ 75، وتنظر مسألة شبيهة فيها في ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 6/ 210، وفيها: أنه إذا تترس الكفار بمسلمين، وقصد جيش المسلمين الكفارَ بالرمي فأصيب أحدٌ من المسلمين الذين تترس الكفار بهم فلا يُضمن؛ لأن الفروض لا تقرن بالغرامات، أي أنه كالمحدود يموت بالجلد، أو القطع.

المبحث الخامس: قيود القاعدة

ذكر شراح المجلة أن لهذه القاعدة قيدين اثنين، وهما:

1. أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مُقَيَّدًا بشرط السلامة.
2. أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه[1].

أن لا يكون الجائز مقيَّدًا بقيد السلامة

هذا هو القيد الأول الذي يشترط لإعمال القاعدة، وهو أن لا يكون الفعل الجائز مقيدًا بشرط السلامة، فإن الحنفية قد أشاروا إلى أن بعض الأفعال التي أجازها الشارع لم يجزها جوازًا مطلقًا، وإنما أجازها مقيدة بقيد السلامة، ويمكن من استعراض أقوالهم في المسألة الإشارة إلى الملاحظات التالية:

- ***الواجبات لا تتقيد بقيد السلامة***

فلو مات شخص من ضربٍ مأمورٍ به من جهة الشارع، كما لو مات نتيجة إقامة الحدّ عليه فدمه هدر عندهم؛ لأن إقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة[2].

---

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص449.

(2) ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص346، المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، 4/ 154، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه (منحة الخالق لابن عابدين)، 5/ 81.

- ***ما يمكن الاحتراز عنه يتقيد بشرط السلامة، بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه***

ولذلك فلو عزّر الزوج زوجته فإنه يضمن، ودمُها لا يكون هدرًا؛ لأن الضرب هنا مأذون فيه وليس واجبًا، فيمكن التحرز عنه بخلاف الواجب، فيتقيد بشرط السلامة[1].

وكذلك فإن راكب الدابة في الطريق ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت، وكذا إذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها؛ لأن الاحتراز عن الإيطاء وما يضاهيه ممكن، فيتقيد بشرط السلامة، أما النفحة بالرجل والذنب فلا يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به، لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح[2].

ولو اقتص من له القصاص في الطرف من المعتدي عليه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة؛ لأنه فعل ما ليس بواجب عليه، بل هو مندوب فيه إلى العفو، ويمكنه الاحتراز منه، فيتقيد بشرط السلامة[3].

---

(1) المرغناني، الهداية، 4/ 155، ابن نجيم، البحر الرائق، 5/ 82.

(2) الموصلي، الاختيار، 4/ 336-337، المرغناني، الهداية، 8/ 129-130.

(3) المرغناني، الهداية، 8/ 55-56.

- ***ما كان فيه حقوق للآخرين يباح بشرط السلامة***

ومثاله المرور في الطريق العام؛ لأن له فيه حقًّا للمارّ، فكان مباحًا، وفيه حقٌّ للعامة لكونه مشتركًا بينهم، فيتقيد بشرط السلامة نظرًا للجانبين، ومراعاة للحقَّين(1).

- ***وجود الحرج يمنع من تقييد المباح بقيد السلامة***

فقد ذكر الحنفية أنه لو حمل شخصٌ شيئًا في الطريق فسقط منه على إنسان فعطب به، فالحامل ضامن، بينما لو كان يلبس رداءً فسقط رداؤه عنه وتعثر به إنسان فعطب لم يضمن اللابس، وعللوا الفرق بين الصورتين بأن حامل الشيء قاصدٌ حفظَه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة، أما اللابس فلا يقصد حفظ ما يلبسه، فيصيبه الحرج بالتقييد بالسلامة، فكان لبسه مباحًا مطلقًا، وقد روي عن محمد بن الحسن أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل؛ لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه، فيتقيد بشرط السلامة(2).

ومنه كذلك مسألة من علق قنديلًا في مسجد فعطب به رجل، فإنه لا يضمن إن كان من أهل المسجد؛ لأن تدبير ما يتعلق بالمسجد لأهله وفي

---

(1) الموصلي، الاختيار، 4/ 337، المرغناني، الهداية، 8/ 130.

(2) المرغناني، الهداية، 8/ 119-120.

تضمينهم حرج عليهم، فلا يتقيد فعلهم بشرط السلامة، أما إن كان الذي فعل ذلك من غير أهل المسجد فإنه يضمن؛ لأن فعله مباح مقيد بقيد السلامة[1].

وهذه المسائل السابقة ليست كلها موضع اتفاق بين الفقهاء، حتى بين فقهاء المذهب الحنفي أنفسهم، فقد خالف الصاحبان أبا حنيفة في مسائل منها مسألة من علق قنديلًا في مسجد فعطب به أحدهم التي قال فيها أبو حنيفة بالتفريق بين أن يكون واضع القنديل من أهل المسجد أو من غيرهم، فذهبا إلى أنه لا يضمن معلق القنديل ولو لم يكن من أهل المسجد؛ لأن هذه من القُرَبِ وكلُّ أحدٍ مأذونٌ في إقامتها، فلا يتقيد بشرط السلامة[2]، وخالفاه في مسألة من اقتص لطرَف فسرى الجرح حتى مات المقتصُّ منه، فقالا أنه لا يضمن، ولا يمكن تقييد القصاص بوصف السلامة لئلا ينسد باب القصاص[3].

وقد أشار **المالكية** كذلك إلى أن بعض الأفعال تجوز مُشتَرَطًا فيها سلامة العاقبة، فقد ذكروا أن التعزير جائز بشرط سلامة العاقبة، فإن سرى ضمنت عاقلة المُعَزِّرِ، بخلاف الحدّ؛ لأن التعزير باجتهادٍ، والحدُّ مقدَّرٌ لا مدخل له فيه[4].

(1) الميرغناني، الهداية، 8/ 129-130.

(2) الميرغناني، الهداية، 8/ 120-121.

(3) الميرغناني، الهداية، 8/ 55.

(4) القرافي، الذخيرة، 12/ 119، الحطاب، مواهب الجليل، 8/ 439.

والشافعية يوافقون في أن ما كان مقيّدًا بشرط السلامة من الجائزات لا يمنع الضمان، فقد قالوا بأن التعزير يتقيد بسلامة العاقبة، فيضمن ما ترتب عليه(1)، وأنَّ ضرب الرجل زوجته مشروط - كذلك - بسلامة العاقبة فيضمن ما ترتب عليه(2)، ويوافقون على أن الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة كذلك(3)، وإن كانوا يخالفون الحنفية عند التطبيق في ما يتقيد بهذا الشرط وما لا يتقيد به، ففي القصاص من الطَرَف - مثلًا - خالفوا أبا حنيفة ووافقوا الصاحبين فذهبوا إلى أنه لا يتقيد بقيد السلامة؛ وذلك استنادًا منهم إلى أن القصاص مأذون به من الله تعالى، فصار كأن الجاني قد أذن به، فلم يضمن المُقْتَصُّ بالسراية(4).

والحنابلة أشاروا كذلك إلى أن عدم التضمين في بعض الجائزات من شروطه أن لا يكون الجواز مشروطًا بسلامة العاقبة، كما في تأخير المودَع تسليم الوديعة بعد طلبها مضطرًّا(5)، وكما لو حفر شخص في السابلة - وهي الطريق المسلوكة - حفرة لنفع المسلمين، كأن تكون لينزل فيها ماء المطر، أو ليشرب

---

(1) السبكي، الأشباه والنظائر، 2/ 297-297.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، 4/ 263.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، 4/ 270.

(4) السبكي، الأشباه والنظائر، 2/ 297-297.

(5) ابن مفلح، الفروع، ص1077، المرداوي، الإنصاف، 2/ 1114.

منها المارة، فإنه يضمن في إحدى الروايتين، مع أنه محسن بفعله؛ لأنه مأذون له في ذلك بشرط سلامة العاقبة، ولم توجد[1].

والذي يظهر من استعراض ما سبق أن المذاهب كلها متفقة – من حيث المبدأ – على وجود مباحات تتقيد بشرط سلامة العاقبة، وأن الإباحة في هذه الحالة لا تمنع الضمان ولا تنافيه، وإن كان هناك خلاف بينهم في ما يتقيد بهذا الشرط وما لا يتقيد به.

ونظرًا لوجود هذا القيد فإن الشيخ مصطفى الزرقا – رحمه الله – أشار إلى أنه كان ينبغي أن تكون القاعدة بنص (الجواز الشرعي ***المطلق*** ينافي الضمان)[2].

أن لا يكون الجائز عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه

وهذا القيد، و هو أن لا يكون إتلاف مال الغير لأجل نفسه، مرتبط بقاعدة أخرى، وهي القاعدة الواردة في المادة 33 من المجلة، ونصها:

(1) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، 5/ 52.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2/ 1036

(الاضطرار لا يبطل حق الغير)[1]، والاضطرار قد يكون بأمر سماوي، كالمجاعة أو غير سماوي، كالإكراه الملجئ[2].

والسبب الذي لأجله لا يبطُلُ حق الغير بالاضطرار قاعدة أخرى من القواعد الفقهية، وهي القاعدة الواردة في المادة (22) من المجلة، ونصها (ما أبيح للضرورة يتقدر بقدرها)[3].

ويمكن ذكر تسلسل هذه القواعد المرتبطة مع بعضها والمتعلقة بأحكام الاضطرار كالتالي:

(**الضرورات تبيح المحظورات**)[4]، ولكن هذه الإباحة ليست مطلقة؛ لأن (**ما أبيح للضرورة يتقدر بقدرها**)[5]، وإعمال هذه القاعدة يقتضي الاقتصار على سقوط حق الله تعالى، وهو الإثم، دون حقوق العباد، وهي الضمان، في الشيء الذي كان محرَّمًا أصلًا وصار مباحًا للضرورة، وكان فيه حقٌّ لله تعالى،

---

(1) حيدر، درر الحكام، 1/ 42.

(2) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص213.

(3) حيدر، درر الحكام، 1/ 37.

(4) مجلة الأحكام العدلية، المادة (21)، ينظر: حيدر درر الحكام، 1/ 37.

(5) مجلة الأحكام العدلية، المادة (22)، ينظر: حيدر درر الحكام، 1/ 38.

وحقٌّ للعباد، وذلك لأن (**الضرر لا يزال بمثله**)[1]، فأثر الاضطرار يظهر في حل الإقدام على الفعل لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير[2].

وقد ذكر الحنفية عددًا من المسائل التي يجب مراعاة هذا القيد فيها، ومنها:

- يجوز للمضطر أن يأكل من مال الغير ما يدفع به الهلاك عن نفسه جوعًا، ولكن ذلك لا يمنع من تضمينه ما استهلكه؛ لأن الضرر لا يزال بمثله[3].
- إذا أجبر شخص شخصًا آخر على إتلاف مال الغير بالإكراه الملجئ، فإتلاف المكرَه المجبَر جائز لا يأثم به، ولكن ذلك لا يمنع الضمان، ويكون الضمان على المكرِه[4].
- إذا أشرفت السفينة على الغرق، فيجوز للملاح إلقاء متاع غيره ليخفف حمولتها، ولكنه يضمنه[5].

---

(1) مجلة الأحكام العدلية، المادة (25)، ينظر: حيدر درر الحكام، 1/ 40.

(2) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص213.

(3) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص213، وينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 9/ 289.

(4) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص213، وينظر: الموصلي، الاختيار، 2/ 263-264، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 9/ 186-187.

(5) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 9/ 393.

- يجوز لمن اشتعل حريق بجوار داره أن يهدم دار جاره أو حائطه أو يتلف شَجَرَهُ وقت الحرق؛ لمنع سريان الحريق بغير إذن ولي الأمر وبغير إذن صاحبها، ولكنه يضمن قيمتها معرضة للحريق، وهو ما نصت عليه المجلة في المادة (919)[1].

ومسألة عدم إبطال حق الغير بفعل المحظور للضرورة متفق عليها – بوجه عام – بين المذاهب، فقد ذكر **المالكية** أنه إذا ثبت الملك في عين فالأصل استصحابه بحسب الإمكان، فإذا اقتضى سببٌ نقلَ ملكٍ أو إسقاطَه وأمكن قصر ذلك على أدنى الرتب فيجب الاقتصار عليها، ولذلك قالوا بأن الاضطرار يوجب نقل الملك من المتيسر إلى المضطر إليه بالثمن[2]، أي أن المضطر يضمن ثمن ما استهلكه مضطرًّا إليه، وذكروا في قواعدهم كذلك أنه إذا دار الملك بين أن يبطل بالكلية أو يبطل من وجه واحد، فبطلانه من وجه واحد أولى؛ لأنه أقرب لبقاء الملك، وذكروا من صور ذلك نفس المسألة، وهي أكل المضطر الطعام، فهو يوجب سقوط ملك صاحبه عنه للضرورة، ولكن

---

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص452، حيدر درر الحكام، 2/ 609، وينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 9/ 289.

(2) القرافي، الذخيرة، 6/ 328.

سقوطه يكون بعوض[1]، وذكروا أيضًا مسألة ما لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها فإنه يضمنه[2].

والشافعية كذلك قالوا بأن أكل المضطر طعام غيره موجب للضمان، وأن مالك الطعام لا يلزمه بذله للمضطر مجانًا، ولا بدون ثمن المثل؛ وعللوا ذلك بأن الضرر لا يزال بالضرر، فقالوا:

- بأن المضطر لو وجد طعامًا مالكه غائبٌ، ولو كان الطعام في غير حرزٍ ولم يجد غيره، أكل منه إبقاءً لمهجته، ويغرم بدل ما أكله من قيمةٍ في المتقوم ومثلٍ في المثلي؛ لحقِّ الغائب[3].
- وبأنه لو أشرفت سفينة على غرق وفيها متاع وراكب جاز لراكبها طرح متاعها في البحر حفظًا للروح، بل قد يجب طرحه إذا تعين ذلك لنجاة الراكب المحترم، فإن طرح مال غيره بلا إذن منه، ولو في حال الخوف

---

(1) القرافي، الذخيرة، 11/ 133.

(2) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد النمري الأندلسي، ت 463هـ، الكافي في فقه أهل المدينة، ص492، دار الكتب العلمية / بيروت، ط2، 1413هـ / 1992م، ص492، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص500.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، 4/ 413-414.

ضمنه؛ لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه من غير أن يلجئه إلى إتلافه، فصار كما لو أكل المضطر طعام غيره بغير إذنه[1].

أما **الحنابلة** فإن لديهم قاعدة تقول (من أتلف شيئًا لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه)، وقد خرَّجوا عليها مسائلَ، منها:

- أنه لو قتل حيوانًا لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه ضمنه.
- ولو اضطر وهو محرم فقتل صيدًا في المخمصة ليحيي به نفسه ضمنه.
- ولو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه[2].

***

(1) الشربيني، مغني المحتاج، 4/ 120-121.

(2) ابن رجب، تقرير القواعد، 1/ 206-208.

المبحث السادس: استثناءات القاعدة

تتصف القواعد – عمومًا – بأنها (أكثرية) أو (أغلبية)، بمعنى أن مضمونها ينطبق على أغلب أفرادها، ويبقى هناك مسائل تكون مستثناة من دخولها تحت القاعدة، والاستثناء من القواعد الفقهية يعني: "إخراج مسألة فقهية يظهر دخولها في القاعدة الفقهية من حكم القاعدة بأي عبارة تدل على ذلك"[1].

والمستثنيات من القواعد يمكن تقسيمها إلى نوعين:

1. مستثنيات ليست داخلة في القاعدة دخولاً حقيقيًّا، ولكنها تشبهها في الصورة، ويذكرها العلماء ضمن المستثنيات من باب الاحتياط، لئلا يقع بعض طلاب العلم في خطأ إلحاقها بالقاعدة نظرًا لهذا الشبه الصوري بينهما.
2. مستثنيات داخلة في القاعدة دخولاً حقيقيًّا ولكنها أعطيت حكمًا يخالف حكم القاعدة لسبب اقتضى ذلك، وبعضها يكون السبب فيها ورود نص بخصوصها أخرجها من حكم قاعدتها الأصلية، وبعضها استثنيَ لمعنًى عقليٍّ اجتهاديٍّ دفع العلماء للقول بخروج حكمها عن حكم نظائرها[2].

---

(1) الشعلان، المستثنيات من القواعد الفقهية أنواعها والقياس عليها، ص 31.

(2) الشعلان، المستثنيات من القواعد الفقهية، ص 41-57.

وقاعدة (الجواز ينافي الضمان) – كبقية القواعد الفقهية – لم تخل من مسائل نص العلماء على استثنائها منها، ومن هذه المسائل:

- **يجوز للوكيل بالشراء إذا كان البيع بثمن حالٍّ أن يحبس المبيع عن موكله، حتى يقبض منه الثمن، ولكن لو هلك المبيع في يده بعد حبسه عن موكله فإن الوكيل يضمن الثمن، مع أن حبسه للمبيع جائز**[1].

وسبب الاستثناء هنا ملاحظة اختلاف وصف يد الوكيل بعد حبسه للمبيع، فالوكيل في الأصل لا يضمن ما تلف في يده بدون تعدٍّ ولا تقصير منه؛ لأن يده يد أمانة، وهي كَيَدِ موكله، ولكنه هنا بعد حبسه المبيع في يده لاستيفاء الثمن الذي دفعه من ماله من الموكّل صار غريمًا للموكِّل، مطالِبًا له بثمن المبيع المحبوس في يده، فصار المبيع في يده بغير حكم الوكالة، وقد ذكر ابن عابدين أن يده هنا صارت – وفق قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن – كَيَدِ البائع، ووفق قول أبي يوسف كَيَدِ الراهن، ووفق قول زفر كَيَدِ الغاصب[2]، ومعلوم أن يد البائع والراهن والغاصب عند الحنفية يد ضمان، فيضمنون ما تلف في أيديهم ولو بلا تعدٍّ منهم[3].

---

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص452، مجلة الأحكام العدلية، المادة (1492)، ينظر: حيدر، درر الحكام، 3/ 605، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 8/ 250.

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 8/ 250.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 7/ 93، 9/ 263، 10/ 73-74.

✓ **إذا كان بستانٌ لشريكين فأدركت ثمارُه وأحدهما غائب، فإنه يجوز للحاضر منهما بيع حصة الغائب وحفظ ثمنها له، ومع هذا الجواز فإن للغائب عند رجوعه إجازة البيع وأخذ الثمن الذي باع به شريكه، وله تضمين شريكه قيمة حصته**[1]، هذا إن لم يكن البيع بإذن القاضي، فأما إن كان بإذنه فلا ضمان[2].

واستثناء هذه المسألة وأمثالها له علاقة بقاعدة أخرى، وهي التي ذكرتها المجلة في المادة (96)، ونصها: لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه[3]، وهي القاعدة المستندة إلى اشتراطه – سبحانه تعالى – التراضي للتصرف في ملك الغير، وذلك في قوله عز وجل: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩ ﴾ [النساء: ٢٩]، والشركة في الصورة المذكورة شركة ملك، وهي ناشئة عن امتلاك اثنين عينًا واحدة، ويكون ذلك جبرًا كما في الإرث، أو اختيارًا، كما في الشراء، وهي لا تتضمن الوكالة، ولذا فكل واحد من الشريكين ممنوع من التصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه، وعليه فالقياس فيها أنه لا يجوز للحاضر بيع حصة الغائب من الثمار، ولكن بيعه هنا

---

(1) مجلة الأحكام العدلية، المادة (1086)، ينظر: حيدر، درر الحكام، 3/ 46-47، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص452، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (الفتاوى العالمكيرية)، 2/ 350.

(2) البورنو، الوجيز ، ص364.

(3) حيدر، درر الحكام، 1/ 96.

جُوِّز استحسانًا[1]، وجواز البيع هنا مستند إلى وجود إذن ضمني من الغائب؛ لأنه لا يرضى أن تترك حصته حتى تتلف، ولذلك كان جواز البيع هنا استثناء من قاعدة عدم جواز التصرف في ملك الغير بلا إذنه[2].

والذي يلوح لي أنَّ سبب التضمين هنا مع وجود الجواز الشرعي هو وجود التقصير، والتقصير اعتداء، وبيان ذلك أن الشريك الحاضر متمكن من أخذ إذن القاضي بالبيع إذا خشي تلف حصة شريكه، فإن باع بدون إذن القاضي فقد يبيع بثمن أقل من ثمن المثل، ولا يتصوّر أن يلجأ الشريك الغائب إلى عدم إجازة البيع إن كانت الثمار قد بيعت بثمن مثلها أو أكثر من ذلك، فتبقى الصورة المعقولة التي تدفع الشريك الغائب لمطالبة الشريك الحاضر بالضمان، وهو قيمة الثمار المباعة، هي أن يكون قد باع حصة شريكه من الثمار بثمن أقل من ثمن المثل، وفي ذلك شبهة تقصير ترجّح إلزامه الضمان.

- ✓ **لو مات شخص معه متاع في السفر، ومعه رفقة، ولا قاضي يستطيعون استئذانه في بيع متاع الميت، فلهم بيع أمتعته وحفظ ثمنها لورثته، والورثة بالخيار بين أن يجيزوا البيع ويأخذوا الثمن، أو يأخذوا ما وجدوا ويضمنوهم ما لم يجدوا[3].**

---

(1) حيدر، درر الحكام، 3/ 47، وينظر: ابن نجيم، البحر الرائق،5/ 280.

(2) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص463.

(3) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص452.

والجواز هنا استثناءٌ أيضًا من قاعدة عدم جواز التصرف في ملك الغير بلا إذنه؛ لأن الرفيق في السفر مأذون بذلك دلالة، فإنه لو حمل متاعه إلى أهله يحتاج إلى نفقة ربما استغرقت المتاع، وقد روي في ذلك أن بعض أصحاب محمد بن الحسن مات معه وهم مسافرون، فباع كتبه وأمتعته، فقيل له: كيف تفعل ذلك ولست بقاض، فقال: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وقد حكم القائلون بذلك بجواز تصرف الرفقة هنا، مع تضمينهم إذا لم يرض الورثة قياسًا على مسألة اللقطة إذا جاء صاحبها فوجد الملتقط قد تصدق بها، فإن له أن يضمن الذي أصابها وله أن يجيز التصدق[1].

- ✓ **لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها زمنًا كافيًا ثم جاء صاحبها فهو بالخيار بين أن يجيز تصدقه أو يضمّنه إياها[2]**

وقد ذكر بعض أهل العلم أن سبب وجوب الضمان هنا هو أخذ مالِ الغير بلا عقد ولا عوض، وهو حرام، فقوبل بالضمان[3]، والذي يراه الباحث أن هذا التعليل مجافٍ للصواب، فإن الشارع قد أذن للملتقط في أخذ هذا المال،

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 6/ 443-444.

(2) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص452، البورنو، الوجيز، ص363، وينظر في حكم المسألة: الموصلي، الاختيار، 2/ 492، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص514، الشربيني، مغني المحتاج، 2/ 536-537، ابن قدامة، المغني، 8/ 299.

(3) البورنو، الوجيز، ص363.

فلا يناسب أن يوصف أخذ المال هنا بالحرمة، ولكن هذا الإذن من الشارع مشروط بأن يلتزم الملتقط بضمان ما أنفق من اللقطة إن جاء صاحبها، وهو ما يدل عليه الحديث الذي سُئِلَ فيه رَسُولُ الله ﷺ عَنِ اللُّقَطَةِ، الذَّهَبِ، أَوِ الْوَرِقِ؟ فَقَالَ: (**اعْرِفْ وِكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا**[1]**، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ لَمْ تَعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ فَأَدِّهَا إِلَيْهِ**)[2]، وعليه فإن سبب الاستثناء هنا أن الجواز الشرعي مشروط بالضمان، فهو ليس جوازًا مطلقًا، وهو ما عبر عنه ابن قدامة في قوله: "وتُملك اللقطة مِلكًا مراعًى، يزول بمجيء صاحبها"[3].

- ✓ **لو وقع حريق فخاف من يجاور مكان الحريق من سريانه إلى أملاكه، فهدم شيئًا من أملاك جاره لمنع سريان الحريق بدون إذن الجار أو ولي الأمر، ثم انقطع الحريق ضمن قيمتها وهي في حالة الحريق لا كاملة، ولا يكون آثما في فعله على كل حال**[4].

---

(1) (الوكاء) هو الخيط الذي تُشَدُّ به الصرة، و(العفاص) هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة. ينظر: الخطابي، معالم السنن، 2/ 87.

(2) حديث صحيح، رواه مسلم، ح1722.

(3) ابن قدامة، المغني، 8/ 301.

(4) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص452، وينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 9/ 289.

وجواز الهدم هنا مستند إلى قاعدة (يُتَحَمَّلُ الضرر الخاص لدفع الضرر العام)، وهي القاعدة الواردة في المادة 26 من مجلة الأحكام العدلية(1)، وقد نصت المجلة في المادة 919 منها على أنه: (لو هدم أحدٌ دارًا بلا إذن صاحبها بسبب وقوع حريق في الحي وانقطع هناك الحريق: فإن كان قد هدمها بأمر ولي الأمر لا يلزم الضمان، وإن كان قد هدمها بنفسه يلزم الضمان)، وسبب وجوب الضمان هنا مع أن الهدم جائز شرعًا هو أنه قد هدم ملك غيره بدون إذن مالكه(2)، ويمكن القول أن هذه المسألة وشبيهاتها ليست داخلة في القاعدة دخولاً حقيقيًّا، وبالتالي فذكرها في المستثنيات من باب الاحتياط، ذلك أن الجواز الشرعي الذي ينافي الضمان هو الجواز المطلق غير المقيد، وجواز الهدم هنا ممنوع أصلًا، وقد رُخِّصَ فيه للاضطرار(3)، ومعلوم أن (الاضطرار لا يبطل حق الغير) كما ورد في المادة33 من المجلة(4).

---

(1) حيدر، درر الحكام، 1/ 40.

(2) حيدر، درر الحكام، 2/ 609.

(3) البورنو، الوجيز، ص364.

(4) حيدر، درر الحكام، 1/ 42-43.

الخاتمة

بعد حمد الله تعالى على نعمة إتمام هذا البحث فإنه يمكن الإشارة إلى أهم الفوائد والنتائج التي خلص إليها الباحث، وهي:

1. للقواعد الفقهية أهمية واضحة في تيسير دراسة علم الفقه ولمّ شتاته.
2. لم يعتن العلماء الأقدمون بذكر تعريف محدد للقواعد الفقهية، اعتمادًا على وضوح صورتها في أذهانهم، والتعريفات السائدة لمعنى القاعدة الفقهية وضعها العلماء المعاصرون.
3. تطورت القواعد الفقهية وتمايزت مع تطور الفقه الإسلامي عبر التاريخ.
4. تعريفات علماء المذاهب المختلفة للضمان اقتصرت على تعريفه بمعنى الكفالة، أما الضمان بالمعاني الأخرى فلم يفردوه بالتعريف، وقد استخدموا لفظ (الضمان) على العموم بمعنى شغل الذمة بما يجب الوفاء به إذا توافرت شروطه.
5. عمل العلماء المعاصرون على صياغة تعريف للضمان بمعناه الذي يشير إلى الالتزام بالتعويض عن الإضرار بالغير.
6. قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) إحدى القواعد التي وردت في مجلة الأحكام العدلية التي اعتمدتها الدولة العثمانية قانونًا مدنيًّا لها، والتي لا تزال معتمدة في فلسطين كقانون مدني.

7. لهذه القاعدة أهمية واضحة تنبع من تنوع وكثرة المسائل التي تنطبق عليها.

8. الجائز المقصود في هذه القاعدة – والله أعلم – هو قسيم الحرام، وهو يشمل الواجب والمندوب والمباح والمكروه.

9. وجود العدوان الذي يعني تجاوز الحد المقدر شرعًا أو عرفًا شرط في وجوب الضمان، وعليه فإن العمل الجائز شرعًا لا يكون تعديًا، وما لا يكون تعديًا لا يستوجب الضمان.

10. المذاهب الثلاثة الأخرى توافق الحنفية على مضمون القاعدة، وإن كانت قد أوردت هذا المضمون بألفاظ أخرى.

11. نظرًا لوجود قيدٍ يتضمن أن لا يكون الجواز الشرعي مقيّدًا بالسلامة فإن الشيخ مصطفى الزرقا – رحمه الله – أشار إلى أنه كان ينبغي أن تكون القاعدة بنص (الجواز الشرعي ***المطلق*** ينافي الضمان)

12. عند تطبيق قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) يجب الانتباه إلى القواعد الفقهية العامة الأخرى، ومن أهمها هنا قاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير)؛ لأنها تعتبر قيدًا على قاعدة منافاة الجواز الضمان.

13. الاستثناء من القواعد الفقهية يعني: إخراج مسألة فقهية يظهر دخولها في القاعدة الفقهية من حكم القاعدة بأي عبارة تدل على ذلك.

14. هناك مستثنيات من القواعد الفقهية ليست داخلة فيها دخولًا حقيقيًّا، بل تشابهها في الصورة، وتندرج في الحقيقة تحت قواعد أخرى، وهذه المسائل يجب الانتباه إليها.

15. هناك مستثنيات داخلة في القاعدة دخولاً حقيقيًّا، ولكنها أعطيت حكمًا يخالف حكم القاعدة لسبب اقتضى ذلك، وبعضها يكون السبب فيها ورود نصٍّ بخصوصها أخرجها من حكم قاعدتها الأصلية، وبعضها استثني لمعنى عقلي اجتهادي دفع العلماء للقول بخروج حكمها عن حكم نظائرها.

كانت هذه النقاط هي أهم النتائج التي خلص إليها البحث، والباحث يوصي بأن يعطى موضوع دراسة القواعد الفقهية مزيدًا من الأهمية والتركيز لما له من دور في تنمية المَلَكة الفقهية لدى طالب العلم.

هذا، وما كان من صواب في هذا البحث فهو بتوفيق من الله تعالى، وما كان فيه من خطأ أو زلل فهو بتقصير مني، أرجو الله تعالى أن يتجاوزه عني، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وسلام على المرسلين.

المراجع

1. إسماعيل، د. محمد بكر اسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، ط 1، 1997م.
2. الباحسين، د. يعقوب، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418 هـ، 1998م.
3. البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، ت 256هـ، الجامع الصحيح، المطبعة السلفية ومكتبتها، ط 1، 1400هـ.
4. البغدادي، إسماعيل باشا، هدية العارفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة مصورة بالأوفست عن طبعة استنبول سنة ١٩٥١.
5. البورنو، محمد صدقي بن أحمد الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1 ، 1424هـ، 2003م.
6. البورنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص362، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 4، 1416 هـ، 1996 م.
7. الترمذي، محمد بن سورة بن عيسى الترمذي، ت279هـ، سنن الترمذي، حكم على أحاديثه العلامة محمد ناصر الدين الألباني، واعتنى به مشهور بن حسن آل سلمان، ص 37، مكتبة المعارف/ الرياض، د. ت.
8. ابن تغري بردي، يوسف بن تغري بردي الأتابكي، ت 874 هـ، المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي، تحقيق د. محمد محمد أمين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1984م.
9. ابن جزي، محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي، (693 – 741 هـ)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن سيدي محمد مولاي، د. ط، د. ت.

10. ابن جزي، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، (٦٩٣-٧٤١ هـ)، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق د. محمد المختار الشنقيطي، نشره المحقق، ط٢، ١٤٢٣ه، ٢٠٠٢م.

11. ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت 852هـ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، اعتنى به نظر محمد الفاريابي، دار طيبة/ الرياض، ط 1، 1426هـ/ 2005م.

12. الحطاب، محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، ت 954هـ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرجه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط 1، 1416هـ/ 1995م.

13. الحموي، أحمد بن محمد الحنفي الحموي، ت 970 هـ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1405هـ،1985م.

14. حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423 هـ، 2003م.

15. الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م.

16. الخطابي، حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، (المتوفى سنة 388هـ)، معالم السنن، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1351 هـ ، 1932 م.

17. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، حكم على أحاديثه العلامة محمد ناصر الدين الألباني، واعتنى به مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف، الرياض، ط 2، د. ت.

18. الدقر، عبد الغني، معجم القواعد العربية، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦م.

19. الرازي، فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين، ت 606هـ، المحصول

في علم الأصول، علق عليه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط 1، 1420هـ/ 199م.

20. الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني، ت ٦٢٣هـ، العزيز شرح الوجيز، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

21. ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، (736-٧٩٥ هـ)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، ضبطه وعلق عليه مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1419هـ، 1998م.

22. الزحيلي، د. وهبة، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ط9، 1433هـ، 2012م.

23. الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط٢، ١٤٠٩ هـ، ١٩٨٩م.

24. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418 هـ، 1998 م.

25. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، (٧٤٥-٧٩٤هـ)، البحر المحيط، تحقيق عبد القادر العاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية/الكويت، ط 2، 1413هـ/ 1992م.

26. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، (٧٤٥-٧٩٤هـ)، المنثور في القواعد، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، مصورة بالأوفست عن ط١، ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢م.

27. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، ت 771 هـ، الأشباه والنظائر، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411 هـ، 1991م.

28. السدلان، د. صالح غانم، القواعد الفقهية الكبرى، دار بلنسية، الرياض، ط 1، 1417 هـ.

29. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، ت ٩١١هـ، الأشباه والنظائر، تحقيق مركز الدراسات والبحوث بمكتبة نزار الباز، مكتبة نزار الباز، مكة المكرمة، ط٢، ١٤١٨ه، ١٩٩٧م.

30. الشربيني، محمد محمد الشربيني القاهري الشافعي، ت 977هـ، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، اعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ،1997م.

31. الشعلان، د. عبد الرحمن، (المستثنيات من القواعد الفقهية أنواعها والقياس عليها)، ص31، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج17، ع34، رجب 1426هـ.

32. الشوكاني، محمد بن علي، ت 1250هـ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة/ الرياض، ط 1، 1421هـ/ 2000م.

33. الشوكاني، محمد بن علي، ت 1250 هـ، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق محمد صبحي حلاق، دار ابن الجوزي / السعودية، ط 1، 1427هـ.

34. طلافحة، محمد محمود أحمد، (قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، الأردن، المجلد الثاني، العدد(4)، 1427 هـ، 2006م.

35. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، ت1252هـ، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب/ الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ/ 2003م.

36. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد النمري الأندلسي، ت 463هـ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والاسانيد، 1387هـ/ 1967م. د.ط.

37. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد النمري الأندلسي، ت 463هـ، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية / بيروت، ط2، 1413هـ/ 1992م.

38. العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 1/ 415، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ،2003م.

39. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد، (450 – 505 هـ)، المستصفى من علم الأصول، اعتنى به د. ناجي السويد، المكتبة العصرية / بيروت، ط 1، 1429هـ / 2008 م.

40. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد، (450 – 505 هـ)، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الأرقم، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.

41. ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ت 395هـ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، 1399هـ/ 1979م، د.ط.

42. الفيروزأبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزأبادي، ت 817هـ، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 8، 1426هـ/ 2005م.

43. فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتب التراث الإسلامي، الكويت، ط1، 1983م.

44. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت620هـ، روضة الناظر وجنة المناظر، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط 2، 1414هـ/ 1994م.

45. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ت 620هـ، المغني على

مختصر الخَرقي، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط 3، 1417 هـ/ 1997م.

46. القرافي، أحمد بن إدريس القرافي، ت 684هـ، الذخيرة، تحقيق د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1994م.

47. القرافي، أحمد بن إدريس القرافي، ت 684هـ، الفروق، تحقيق محمد سراج وعلي جمعة، دار السلام، القاهرة، ط 1، 1421هـ / 2001م

48. اللكنوي، عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الأنصاري اللكنوي، ت 1225 هـ، فواتح الرحموت بشرح مسَلَّم الثبوت للبهاري، ضبطه وصححه عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1423هـ/ 2002م.

49. ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، ت273هـ، سنن ابن ماجه، حكم على أحاديثه العلامة محمد ناصر الدين الألباني، واعتنى به مشهور بن حسن آل سلمان، ص 118، مكتبة المعارف/ الرياض، د. ت.

50. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، ت 885 هـ، الإنصاف فقي بيان الراجح من الخلاف، اعتنى به رائد بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004م.

51. المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، ت 593هـ، الهداية شرح بدية المبتدي، اعتنى به نعيم أشرف نور أحمد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط 1، 1417هـ.

52. مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ت 261هـ، صححه ورقمه محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، د. ط.، د. ت.

53. ابن مفلح، محمد بن مفلح المقدسي، ت 763هـ، الفروع، تحقيق رائد علفة، بيت الأفكار الدولية، عمان، د. ط.، 2004م.

54. ابن مفلح، برهان الدين إبراهيم بن محمد الحنبلي، ت 884هـ، المبدع شرح المقنع، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط 1، 1418هـ / 1997م.
55. المناوي، عبد الرؤوف، (952 – 1031 هـ)، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، ط١، ١٤١٠ هـ، ١٩٩٠م.
56. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن علي، ت711هـ، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرين، دار المعارف، القاهرة، د. ط. ، د. ت.
57. موسى، أحمد حافظ موسى، (2005م)، الضمان في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، الجامعة الأردنية، رسالة دكتوراة منشورة على النت.
58. الموصلي، عبد الله بن محمود الموصلي، ت 683هـ، الاختيار لتعليل المختار، حققه شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العلمية، دمشق، ط 1، 1430هـ/ 2009م.
59. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، ت 970هـ، الأشباه والنظائر، تحقيق محمد الحافظ، دار الفكر، دمشق، 1986م (تصوير عن: ط 1، 1403هـ/ 1983م).
60. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الحنفي، ت 970هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه (منحة الخالق لابن عابدين)، 5/ 280، ضبطه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط 1، 1418هـ/ 1997م.
61. الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط٤، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.
62. النسائي، أحمد بن شعيب بن علي، ت 303هـ، سنن النسائي، ح3917، ص 602، حكم على أحاديثه العلامة محمد ناصر الدين الألباني، واعتنى به مشهور بن حسن

آل سلمان، مكتبة المعارف/ الرياض، ط 1، د. ت.

63. الشيخ نظام، ومجموعة من العلماء، الفتاوى الهندية (الفتاوى العالمكيرية)، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكاتب العلمية، بيروت، ط 1، 1421 هـ، 2000م.

فهرس المحتويات